

Les Cahiers de droit



Le Bundesrat. La protection des intérêts des Länder selon la Loi fondamentale allemande

Michael Bothe

Volume 26, numéro 1, 1985

La réforme des institutions fédérales canadiennes

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042649ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042649ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bothe, M. (1985). Le Bundesrat. La protection des intérêts des Länder selon la Loi fondamentale allemande. *Les Cahiers de droit*, 26(1), 93–109.
<https://doi.org/10.7202/042649ar>

Résumé de l'article

After dealing with the West German Bundesrat in a double-chamber system, the author, following the Basic Law of the country, depicts the varied powers of this Chamber. The participation of the Bundesrat in federal legislation is examined through its suspensive veto over every bill adopted by the first chamber — the Bundestag. The Bundesrat also has the power to approve certain categories of Bills.

The participation of the Bundesrat in the federal administration, contentious powers and the nomination process are ideas also developed in this article. The author examines the political role of the Chamber and shows that the Bundesrat has a counterbalancing effect between the Bundestag and the federal government. The importance of the roles of the parties in developing the political position of the Bundesrat is also discussed herein.

Professor Bothe concludes by saying that the Bundesrat is an important element of West German cooperative federalism and wonders if exporting this institution to Canada would be a wise move.

Le Bundesrat

La protection des intérêts des Länder selon la Loi fondamentale allemande

Michael BOTHE *

After dealing with the West German Bundersrat in a double-chamber system, the author, following the Basic Law of the country, depicts the varied powers of this Chamber. The participation of the Bundersrat in federal legislation is examined through its suspensive veto over every bill adopted by the first chamber — the Bundestag. The Bundersrat also has the power to approve certain categories of Bills.

The participation of the Bundersrat in the federal administration, contentious powers and the nomination process are ideas also developed in this article. The author examines the political role of the Chamber and shows that the Bundersrat has a counterbalancing effect between the Bundestag and the federal government. The importance of the roles of the parties in developing the political position of the Bundersrat is also discursed herein.

Professor Bothe concludes by saying that the Bundersrat is an important element of West German cooperative federalism and wonders if exporting this institution to Canada would be a wise move.

	Pages
1. Le Bundesrat dans le cadre du phénomène du bicaméralisme	94
2. Origine historique	95
3. La composition du Bundesrat	96
4. Les compétences	97
4.1. La portée de la participation du Bundesrat à la législation fédérale	97
4.2. La participation à l'activité administrative fédérale	100
4.3. Les compétences contentieuses	100

* Professeur à l'Université de Francfort.

4.4. Les pouvoirs de nomination.....	101
4.5. Le <i>Bundesrat</i> et le Gouvernement fédéral.....	101
4.6. Le <i>Bundesrat</i> et le <i>Bundestag</i>	101
5. Le <i>Bundesrat</i> dans le jeu des forces politiques	102
5.1. Le <i>Bundesrat</i> comme contrepoids au <i>Bundestag</i> et au Gouvernement fédéral...	102
5.2. Le <i>Bundesrat</i> et le système des partis politiques.....	102
5.3. Le <i>Bundesrat</i> en tant qu'élément du fédéralisme coopératif	104
6. Le <i>Bundesrat</i> — institution constitutionnelle « exportable » ?	105

1. Le *Bundesrat* dans le cadre du phénomène du bicaméralisme

Un grand nombre de constitutions des États du monde ont opté pour un système bicaméral. Leurs législatures se composent de deux chambres dont la structure ou les compétences sont différentes¹. Dans les États fédéraux, une des chambres possède en règle générale des fonctions spécifiques dans le système fédéral. Cette fonction « fédéraliste » varie selon les États. Une de ces fonctions est par exemple d'assurer l'égalité des États-membres de l'État fédéral ou, en d'autres termes, de protéger les États moins peuplés. Ceci est une fonction importante des deuxième chambres aux États-Unis, en Australie et en Suisse par exemple. Cette fonction se reflète clairement dans les règles concernant la composition de cette chambre. Le Sénat ou le Conseil des États (Suisse) est composé d'un nombre égal de représentants de chaque État-membre, tandis que l'autre chambre est composée selon le principe de la représentation égale de la population.

On dit souvent que la deuxième chambre aurait la fonction de représenter et de protéger les intérêts des États-membres au niveau fédéral. Ceci est vrai dans certains cas, mais cela dépend d'un certain nombre d'éléments politiques et constitutionnels. Si le sénateur américain est en général un représentant assez puissant de son État, ayant la possibilité réelle de faire valoir les intérêts de son État, le conseiller aux États en Suisse ne joue pas ce rôle de la même manière². Notamment, le mode d'élection, le rôle des partis politiques (aussi bien dans l'élection des membres de la chambre que dans le fonctionnement de celle-ci) sont des éléments importants qui déterminent le rôle de la

1. La littérature sur le sujet est abondante. Voir par exemple : G. BERGER *et al.*, *Le fédéralisme*, Paris, 1956 ; R.R. BOWIE et C.-J. FRIEDRICH, *Études sur le fédéralisme*, Paris, 1960 ; H.G. GAA, *Die Stellung einer Zweiten Kammer in Bundesstaaten* (thèse), Köln, 1961 ; C.-J. FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, London, 1968 ; T. JAAG, *Die Zweite Kammer in Bundesstaat*, Zürich, 1976.

2. Cf. M. BOTHE, *Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht*, Berlin, 1976, p. 90 s. ; H.G. GAA, *supra*, note 1 ; T. JAAG, *supra*, note 1.

chambre dans la protection des intérêts des États-membres. Dans la plupart des États fédéraux, la deuxième chambre est élue, que ce soit par le peuple ou par les parlements des États-membres. Cependant, il y a de grandes variations des systèmes électoraux. Nous ne pouvons pas entrer dans une analyse détaillée de ceux-ci.

Le Bundesrat est un phénomène assez particulier si on le compare avec les deuxième chambres d'autres États fédéraux. D'abord, il ne se compose pas de sénateurs élus, mais plutôt des membres des gouvernements des *Länder*, les États-membres de la République fédérale d'Allemagne. Il ne s'agit donc ni d'une chambre élue, ni d'une chambre nommée ; il s'agit d'une chambre composée de membres *ex officio*, c'est-à-dire qui acquièrent cette qualité en vertu d'autres fonctions qu'ils possèdent. De plus, le *Bundesrat* n'est pas basé sur le principe de la représentation égale des *Länder*, mais sur un principe de vote pondéré basé *grosso modo* sur la population des *Länder*, mitigé comme nous le verrons par certains éléments visant la protection des *Länder* dont la population est moins nombreuse. Ces particularités s'expliquent par son origine historique dans la création de l'État fédéral allemand au cours du siècle dernier.

2. Origine historique

Du 16^e au 19^e siècle, l'Empire allemand se décompose en parties souveraines³. Ce n'est pas l'Empire lui-même qui devient un État moderne, mais ses parties composantes, les principautés et d'autres domaines territoriaux. Après la dissolution de l'Empire, en 1806, une confédération des États allemands, la « Fédération allemande », est créée, en 1815. Comme dans les autres États d'Europe, il y a en Allemagne au cours du 19^e siècle un mouvement national puissant. Ce n'est cependant pas ce mouvement qui constitue le facteur vraiment décisif de l'unification de l'Allemagne, mais plutôt un prince allemand, le Roi de Prusse. L'élément essentiel de cette unification à l'intérieur du Second Empire est l'arrangement intervenant entre les princes allemands. On crée un État fédéral regroupant les monarchies. Le fédéralisme est le système constitutionnel qui permet en même temps le maintien des monarchies dans les États-membres et la formation d'une union. Le *Bundesrat* créé par la constitution de la Fédération de l'Allemagne du Nord de 1866 et de l'Empire allemand de 1871 reflète cette origine : un arrangement entre les princes⁴. Le *Bundesrat*, organe législatif

3. Cf. M. BOTHE, *Das bundesstaatliche System der Bundesrepublik Deutschland und Kanadas — Gedanken in einem Vergleich*, *Zeitschrift der Gesellschaft für Kanada-Studien* (1983), p. 75 s.

4. Pour le développement historique du *Bundesrat*, cf. SCHOLL, *Der Bundesrat in der deutschen Verfassungsentwicklung*, Berlin, 1982, p. 15 s. ; E. DEUERLEIN, *Föderalismus*, München,

important de l'Empire, est l'assemblée des ambassadeurs des monarques qui règnent dans les États-membres de l'Empire⁵.

Malgré le fait que la constitution républicaine de Weimar de 1919 est beaucoup plus centralisatrice que celle de 1871, elle n'écarte pas le précédent alors créé et prévoit également une deuxième chambre composée par les membres de l'exécutif des *Länder*, sous le nom de « *Reichsrat* »⁶. Cependant, les compétences de celui-ci sont moins importantes que celles du *Bundesrat* de la constitution précédente.

Lors de la création de la nouvelle constitution de l'Allemagne, après la Deuxième Guerre mondiale, la structure et la compétence de la deuxième chambre furent des questions bien controversées⁷. Tandis que le parti chrétien-démocrate favorisait plutôt le modèle du *Bundesrat*, le Parti social-démocrate était plutôt partisan d'un Sénat élu. Un élément politique important pour l'adoption du modèle du *Bundesrat* fut finalement un accord intervenu, à la suite d'un déjeuner devenu célèbre, entre le premier ministre d'un *Land* et le porte-parole du caucus social-démocrate. Ce qui montre, entre autres, l'importance des éléments préexistants lors de la création d'une constitution. Les *Länder* étaient les unités politiques en place lors de la création de la Loi fondamentale en 1948/49. L'autorité fédérale n'existait pas encore. Il n'est donc guère étonnant que la nouvelle constitution conserve certains pouvoirs préexistants.

3. La composition du *Bundesrat*

Selon l'article 51 de la Loi fondamentale, le *Bundesrat*⁸ se compose de membres des gouvernements des *Länder*, qui les nomment et les révoquent.

1972, p. 116 s. ; K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, 1980, vol. II, p. 113 s.

5. Voir E. KLIENKE, *Die staatsrechtliche Natur und Stellung des Bundesrates*, 1884.

6. Voir C. BILFINGER, « Der Reichsrat, Bedeutung und Zusammensetzung », in *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. I, 1930, p. 545 s. ; STERN, *supra*, note 4, p. 114.

7. Cf. H. LAUFER, *Das föderative System der Bundesrepublik Deutschland*, München, 1981, p. 44 s. et 69 s.

8. Le *Bundesrat* a fait l'objet d'un certain nombre d'études importantes. Voir à cet égard ZILLER, *Der Bundesrat*, 6^e éd., Düsseldorf, 1982 ; *Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft, Beiträge zum 25jährigem Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, éd. par le *Bundesrat*, Bad Honnef, 1974 ; H. NIEMANN, *Die bundesstaatliche Bedeutung des Bundesrates unter besonderer Berücksichtigung der Funktion des Vermittlungsausschusses* (thèse), Göttingen, 1978 ; H. POHLMANN, *Repräsentation und Organschaft. Eine Untersuchung zur verfassungsrechtlichen Stellung des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1969 ; LAUFER, *supra*, note 7, p. 71 s. En ce qui concerne la composition du *Bundesrat*, voir surtout K. STERN, *supra*, note 4, p. 134 s. ; W. KNIES, *Der Bundesrat. Zusammensetzung und Aufgaben, Die öffentliche Verwaltung*, 1977, p. 575 s.

Le système de vote est un système pondéré selon la population, avec une certaine protection de la minorité. Chaque *Land* dispose au moins de trois voix ; les *Länder* qui comptent plus de 2 millions d'habitants en ont quatre, ceux qui comptent plus de 6 millions d'habitants en ont cinq. De cette façon, le *Land* Bremen a trois voix avec 700 000 habitants, tandis que le *Land* Nordrhein-Westfalen n'en a que cinq avec 17 millions. Les voix d'un *Land* ne peuvent être exprimées qu'en bloc.

En règle générale, le chef du gouvernement du *Land* est nommé membre du *Bundesrat*. En plus, le gouvernement nomme autant de ministres que le *Land* possède de voix. Les autres ministres du Cabinet sont nommés membres suppléants. De cette façon, ils peuvent participer à la réunion du *Bundesrat* quand celui-ci traite de matières relevant de leur ressort. La délégation du *Land* est donc en général composée en fonction de l'ordre du jour par des ministres responsables des matières traitées. Dans les commissions du *Bundesrat*, les *Länder* peuvent être représentés par des fonctionnaires. Les fonctionnaires sont également les conseillers indispensables des ministres, tout au moins dans les nombreuses affaires de détail et de routine qui constituent la majorité des points de l'ordre du jour. L'influence des bureaucraties est ainsi assez grande dans le *Bundesrat*. De l'autre côté, ce système de représentation fonctionnelle des *Länder* assure une efficacité importante dans le cadre du fédéralisme coopératif en R.F.A.

4. Les compétences

Si l'on veut catégoriser les compétences du *Bundesrat*, on peut en distinguer cinq types : compétences législative, administrative, contentieuse, un pouvoir de nomination de certaines autorités fédérales et certains pouvoirs de contrôle. Nous ne traiterons pas des compétences relatives aux situations d'urgence.

4.1. La portée de la participation du *Bundesrat* à la législation fédérale⁹

Le *Bundesrat* possède le droit d'initiative législative. Ce droit n'est pas trop souvent utilisé : entre 1,5 % et 12 % (selon la période parlementaire) des

9. Pour cette fonction du *Bundesrat*, qui est la plus importante, voir : K. STERN, *supra*, note 4, p. 142 s. ; H. LAUFER, *supra*, note 7, p. 85 s. ; M. LEPA, *Probleme der Zustimmungsbefähigung von Bundesgesetzen*, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1974, p. 399 s. ; C. PESTALOZZA, *Ausschaltung des Bundesrates durch Einbringung von Gesetzesteilen als Teilgesetz?*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1976, p. 153 s. ; R. HERZOG, « Der Einfluß des Bundesrates auf die Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes seit 1949 », in *Der Bundesrat als Verfassungsorgan*, *supra*, note 8, p. 235 s. ; M. SCHWEITZER, *Die Zustimmung des Bundesrates zu Gesetzen*, *Der Staat*, 1976, p. 169 s.

projets de loi traités sont des projets du *Bundesrat*¹⁰. Néanmoins, ce droit d'initiative permet aux *Länder* de participer à l'élaboration de la politique législative, qui autrement est le domaine du gouvernement fédéral (presque les trois quarts des projets). Les initiatives du *Bundesrat* sont d'abord transmises au Gouvernement fédéral qui les soumet au *Bundestag* avec son avis. Les initiatives législatives du Gouvernement fédéral, de leur côté, sont d'abord soumises au *Bundesrat* qui, lui aussi, peut donner son avis. Cette phase consultative qui ouvre les délibérations parlementaires est déjà importante ; la position du *Bundesrat* est ainsi connue dès le début.

La phase décisive de la participation du *Bundesrat* vient cependant après l'adoption d'une loi par le *Bundestag* : le *Bundesrat* possède un pouvoir de veto suspensif contre toute loi adoptée par le *Bundestag*. Pour certaines catégories de lois, l'approbation du *Bundesrat* est cependant nécessaire. Dans le cas d'un amendement constitutionnel, cette approbation requiert la majorité des deux tiers.

Dans le cas qui constitue la règle, à savoir les lois soumises au veto suspensif, le *Bundesrat* peut s'opposer à toute loi adoptée par le *Bundestag*, après la conclusion d'une procédure de médiation obligatoire. Si le *Bundesrat* ne demande pas cette procédure ou s'il ne s'oppose pas dans les délais prévus, la loi est adoptée. S'il s'oppose à la loi adoptée, le *Bundestag* peut rejeter cette opposition ; la majorité requise dépend dans ce cas de la majorité avec laquelle le *Bundesrat* avait voté l'opposition.

Dans le cas où des lois requièrent l'approbation du *Bundesrat*, ce n'est pas seulement le *Bundesrat*, mais aussi le *Bundestag* et le Gouvernement fédéral qui peuvent initier la procédure de médiation, par voie de référence à une commission composée de membres élus aussi bien par le *Bundestag* que par le *Bundesrat* : la Commission de médiation (*Vermittlungsausschuß*)¹¹. Un tel projet de loi échoue si le *Bundesrat* ne l'approuve pas.

La nécessité de l'approbation du *Bundesrat* est prévue pour un certain nombre de cas déterminés par diverses dispositions de la Loi fondamentale. Mais il y a un principe fondamental qui est sous-jacent à toutes ces dispositions : l'approbation du *Bundesrat* est requise chaque fois que les intérêts financiers ou administratifs des *Länder* sont en jeu. Pour expliquer ce principe, il faut dire un mot sur le partage des compétences législatives et financières selon la Loi fondamentale¹². Le système fédéral allemand est

10. Cf. *30 Jahre Bundesrat* (éd. par le Bureau de presse du *Bundesrat*), Bonn, 1979, p. 119.

11. Sur la Commission de médiation cf. H. SCHÄFER, « Der Vermittlungsausschuß », in *Der Bundesrat als Verfassungsorgan*, *supra*, note 8, p. 277 s.

12. Cf. H. LAUFER, *supra*, note 7, p. 64 s. et 109 s. ; K. STERN, *supra*, note 4, p. 557 s. (compétences législatives), 796 s. (compétences administratives), 1111 s. (compétences financières).

caractérisé par une grande centralisation législative. Les domaines où il y a encore des compétences législatives des *Länder* sont très peu nombreux. À cette omnipotence législative du fédéral correspond une impotence administrative. L'administration est le domaine des *Länder*. En règle générale, le fédéral n'exécute pas les lois fédérales, l'exécution des lois est en principe une tâche propre des *Länder*. C'est la raison pour laquelle une loi fédérale, dès qu'elle ne se borne pas à régler une question de fond, mais qu'elle réglemente aussi la procédure administrative que les *Länder* doivent observer, requiert l'approbation du *Bundesrat*. La centralisation législative vaut aussi pour le domaine financier. Presque tous les impôts sont réglés par la législation fédérale. Mais la Constitution réserve aux *Länder* le revenu d'un certain nombre d'impôts ainsi qu'une partie déterminée (ou, dans le cas de l'impôt sur le chiffre d'affaires, à déterminer par la loi) des impôts les plus importants, à savoir l'impôt sur le revenu, sur les sociétés et sur le chiffre d'affaires. Les lois fédérales concernant les impôts dont le produit revient totalement ou en partie aux *Länder* ou aux communes, ainsi que la loi fixant les parts respectives du *Bund* (la Fédération) et des *Länder* dans l'impôt sur le chiffre d'affaires, requièrent l'approbation du *Bundesrat*.

Un principe important qui ajoute du poids au pouvoir du *Bundesrat* est celui de l'unité des lois¹³. Dès qu'une seule disposition d'une loi requiert l'approbation du *Bundesrat*, la loi entière, y inclus les dispositions qui, prises isolément, ne requerraient pas l'approbation du *Bundesrat*, est soumise à la même condition de l'approbation positive de la deuxième chambre. Par conséquent, le *Bundesrat* a l'habitude d'examiner une loi dans son ensemble, et un rejet est assez souvent fondé sur des considérations qui n'ont rien à voir avec les dispositions qui sont la base de la nécessité de l'approbation. Ceci donne au *Bundesrat* un rôle très important dans le processus législatif au niveau fédéral.

Presque la moitié des lois est soumise à la condition de l'approbation du *Bundesrat*.

Si l'on regarde les statistiques de la procédure législative, on observe que le *Bundesrat* utilise son pouvoir de veto suspensif ou de refus d'approbation d'une façon très modérée. Les cas où ce pouvoir a été utilisé sont plutôt rares¹⁴. Plus fréquent est le recours à la procédure de médiation. Dans la grande majorité des cas, on arrive à un accord au sein de la Commission de médiation et la loi est promulguée dans la forme recommandée par la Commission. Mais les statistiques ne disent rien sur l'importance effective

13. Cf. M. SCHWEITZER, *supra*, note 9, p. 178 s.

14. Cf. 30 Jahre *Bundesrat*, *supra*, note 10, p. 119.

des pouvoirs du *Bundesrat*. C'est l'existence de ces pouvoirs qui incite les forces politiques à l'œuvre au *Bundestag* à chercher des accommodements aux objections possibles du *Bundesrat*, et ce dès les phases préliminaires du processus législatif, souvent même dès la phase de rédaction ministérielle, au plus tard dans les commissions du *Bundestag*. On peut donc conclure que le *Bundesrat* est un organe puissant, et que son rôle dans le processus législatif est considérable¹⁵. Mais, d'autre part, il s'agit d'un pouvoir limité : les *Länder* ne peuvent pas imposer leur volonté de façon unilatérale. L'existence des pouvoirs du *Bundesrat* produit donc la nécessité de chercher des compromis, des arrangements entre les vues opposées.

4.2. La participation à l'activité administrative fédérale¹⁶

La Loi fondamentale prévoit également l'approbation du *Bundesrat* pour certains décrets ou ordonnances adoptés par le Gouvernement fédéral. Ceci se justifie également par l'intérêt administratif des *Länder*. En plus, certaines mesures de surveillance fédérale en ce qui concerne l'administration des *Länder* sont soumises à cette condition de l'approbation du *Bundesrat*. Ceci est également le cas pour certaines mesures relevant du régime de l'état d'urgence.

4.3. Les compétences contentieuses

Dans un cas, le *Bundesrat* décide en tant qu'organe quasi judiciaire. Il est compétent pour décider, sur demande du Gouvernement fédéral, de la question de savoir si un *Land* a manqué à ses devoirs en exécutant une loi fédérale. Un recours à la Cour constitutionnelle est prévu contre cette décision du *Bundesrat*.

De plus, le *Bundesrat* a un droit d'initiative dans le cas d'un certain nombre de procédures devant la Cour constitutionnelle, à savoir l'accusation du président fédéral pour violation de la Constitution, la constatation du caractère anticonstitutionnel d'un parti politique, le contentieux constitutionnel entre divers organes fédéraux ainsi que quant à une procédure, aujourd'hui désuète, portant sur la validité du droit existant avant la première réunion du *Bundesrat* en 1949.

15. Ce fait est susceptible de provoquer des critiques du point de vue d'un parlementarisme démocratique, KNIES, *supra*, note 8, p. 577 ; voir également *infra*, 5.1 et 5.3.

16. Cf. K. STERN, *supra*, note 4, p. 149 s. ; ZILLER, *supra*, note 8, p. 34 s.

4.4. Les pouvoirs de nomination

La compétence probablement la plus importante du *Bundesrat*, en matière de composition de certains organes fédéraux, est le pouvoir d'élire la moitié des juges de la Cour constitutionnelle. Or, si l'on regarde le processus politique de l'élection des juges, l'ensemble de la composition de la Cour est en règle générale déterminé par voie d'un accord entre les partis politiques, où les gouvernements des *Länder* jouent, comme nous le verrons, un rôle important. Notons en passant que les compétences en ce qui concerne la nomination des juges des tribunaux fédéraux supérieurs, qui statuent en règle générale sur des appels contre les décisions des tribunaux d'instance ou supérieurs des *Länder*, sont partagées de façon semblable, malgré le fait que ce n'est pas le *Bundesrat* qui y participe. Cette élection est effectuée par une commission composée à parts égales par les ministres compétents des *Länder* et des députés du *Bundestag* élus par celui-ci. Dans un certain nombre de cas, la proposition de nomination soumise par le ministre compétent au président fédéral requiert l'approbation du *Bundesrat*, par exemple pour les procureurs aux tribunaux supérieurs fédéraux.

4.5. Le *Bundesrat* et le Gouvernement fédéral ¹⁷

Le *Bundesrat* n'a aucun rôle concernant l'élection ou le rappel du Gouvernement (plus précisément du Chancelier général). Celui-ci ne dépend que de la confiance du *Bundestag*. Le *Bundesrat* a cependant un droit d'interpellation vis-à-vis le Gouvernement fédéral. Il peut lui poser des questions et lui demander des explications. D'autre part, le Gouvernement fédéral a le droit d'être présent au *Bundesrat* et d'y prendre la parole.

4.6. Le *Bundesrat* et le *Bundestag* ¹⁸

Les membres du *Bundesrat* ont aussi le droit d'être présents aux séances du *Bundestag* et de ses commissions et d'y prendre la parole. Cette possibilité est importante sous deux aspects. Elle permet aux chefs des gouvernements des *Länder* de prononcer des discours lors des débats importants (et télévisés !) du *Bundestag*. La possibilité de participer aux délibérations des commissions est un moyen important du processus de conciliation entre le *Bundesrat* et le *Bundestag* dans la procédure législative.

17. Cf. J.A. FROWEIN, « Bemerkungen zu den Beziehungen des Bundesrates zu Bundestag, Bundesregierung und Bundespräsident », in *Der Bundesrat als Verfassungsorgan*, *supra*, note 8, p. 112 s. (121 s.); ZILLER, *supra*, note 8, p. 77 s.

18. J.A. FROWEIN, *supra*, note 17, p. 118 s.; ZILLER, *supra*, note 8, p. 83 s.

5. Le *Bundesrat* dans le jeu des forces politiques

5.1. Le *Bundesrat* comme contrepoids au *Bundestag* et au Gouvernement fédéral

Les membres du *Bundesrat* ont aussi le droit d'être présents aux importantes. Le *Bundesrat* les exerce de façon indépendante, c'est-à-dire pas nécessairement en concordance avec la majorité dont le Gouvernement fédéral dispose au *Bundestag*. Cette indépendance du *Bundesrat* par rapport à la majorité du *Bundestag* est d'autant plus visible quand la majorité des *Länder* est gouvernée par des partis politiques qui sont dans l'opposition au niveau fédéral. Mais cette indépendance existe aussi dans le cas où les deux majorités coïncident. Le *Bundesrat* ne constitue pas, comme c'est le cas de la deuxième chambre dans un certain nombre de pays, un double ou une copie de la structure politique de la première chambre. Il représente en effet un élément de représentation indépendante des intérêts des *Länder*. Ce poids politique que les gouvernements des *Länder* possèdent dans la formation de la volonté politique au niveau fédéral constitue en quelque sorte une compensation pour le défaut de pouvoir législatif des *Länder*. C'est ainsi que cette participation est envisagée dans la pratique constitutionnelle. On a par exemple pu observer, lors de l'adoption de certains amendements constitutionnels qui ont augmenté les pouvoirs législatifs fédéraux, que les *Länder* ont pour ainsi dire été consolés par la création de nouveaux cas de lois soumises à l'approbation du *Bundesrat*. Cela est le cas, par exemple, pour la compétence fédérale quant au salaire des fonctionnaires publics des *Länder*, aux tâches communes du *Bund* et des *Länder* ainsi que pour certains éléments constitutionnels en matière de finances publiques.

Ce modèle de compensation n'est cependant pas sans problèmes. Les institutions qui y perdent, ce sont les parlements des *Länder*. Car une diminution du pouvoir législatif au niveau des *Länder* est compensée par une augmentation du pouvoir de leur branche exécutive. Pour un certain nombre de raisons, il est impossible pour les parlements des *Länder* de contrôler de façon efficace l'activité de leurs gouvernements au sein du *Bundesrat*. Ce modèle de centralisation législative avec participation des *Länder* entraîne donc une perte nette de substance démocratique au niveau de ces derniers.

5.2. Le *Bundesrat* et le système des partis politiques ¹⁹

Une analyse de l'importance effective du *Bundesrat* est impossible sans décrire le rôle que joue le système des partis politiques en ce qui concerne le

19. Cf. G. LEIBHOLZ et D. HESSELBERGER, « Die Stellung des Bundesrates und das demokratische Parteiensystem in der Bundesrepublik Deutschland », in *Der Bundesrat als Verfassungsorgan*, *supra*, note 8, p. 99 s.

Bundesrat. En effet, la position politique du *Bundesrat* ne peut être comprise qu'en tenant compte du jeu des forces politiques, y compris notamment les partis. La politique en Allemagne est déterminée par quatre partis politiques, deux grands et deux petits. À cet égard, il y a un parallélisme entre le niveau fédéral et le niveau des *Länder*, malgré le fait que les deux petits partis ne sont pas représentés dans tous les parlements des *Länder*. Il y a aussi des *Länder* qui ont traditionnellement une majorité chrétienne-démocrate, alors qu'il y en a d'autres où le parti social-démocrate gagne la plupart des élections.

Sous réserve de ces nuances, il y a un parallélisme entre les systèmes politiques des *Länder* et du *Bund* en ce qui concerne les partis politiques. Dans cette situation, le fait que le gouvernement d'un *Land* appartienne à un certain parti politique ou à une certaine coalition de partis peut déterminer sa prise de position au sein du *Bundesrat* et la détermine en effet de temps en temps. Dans cette perspective, le *Bundesrat* est un élément centripète pour le fédéralisme allemand. Sa politique oriente les gouvernements des *Länder* dans le sens de la politique fédérale de leur parti respectif. Il y a certains cas spectaculaires de cette « politisation » du *Bundesrat* quand la majorité des gouvernements des *Länder* appartient à un parti qui, au niveau fédéral, se trouve dans l'opposition. Dans ce cas, le *Bundesrat* est un moyen très efficace de l'opposition pour bloquer une législation adoptée par la majorité gouvernementale au *Bundestag*.

On a critiqué cette pratique comme inconstitutionnelle parce que le rôle du *Bundesrat* devrait se borner à la représentation des intérêts des *Länder*²⁰. L'utilisation du *Bundesrat* à des fins de politique partisane serait un abus. Nous ne pensons pas que ces critiques soient bien fondées. La possibilité que le *Bundesrat* présente certains inconvénients pour le gouvernement est en effet implicite dans le système des *checks and balances* établi par la Loi fondamentale. Il n'existe aucune disposition constitutionnelle qui limite les raisons qui peuvent motiver un vote négatif du *Bundesrat* contre une loi adoptée par le *Bundestag*. Une limitation dans ce sens serait très difficile d'application pratique. Il faut, de plus, se demander si cette influence de l'opposition constitue nécessairement un élément négatif. Puisque l'opposition ne peut pas non plus imposer sa volonté, il existe, pour les partis en conflit, une nécessité d'arriver à un accord. La législation doit donc se baser sur un consensus plus large, ce qui, à notre avis, constitue un élément de stabilité politique du système.

20. Cf. H. LAUFER, *supra*, note 7, p. 104 ; ZILLER, *supra*, note 8, p. 98 s. ; F.-K. FROMME, *Die beiden « Kammern » im Widerstreit, Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1976, p. 201 s.

Ce phénomène de prise de position inspirée par les intérêts des partis n'a de toute façon qu'une importance limitée au *Bundesrat*. Cette « politisation » du *Bundesrat* a lieu surtout dans des cas de grande politique nationale (souvent extérieure), où des intérêts spécifiques des *Länder* ne sont pas en jeu. Quand des intérêts importants des *Länder* sont affectés, parfois même une coalition des grands partis au niveau fédéral ne peut pas vaincre la résistance des *Länder* au sein du *Bundesrat*. Un autre élément restreint encore l'influence centripète de la politique partisane au *Bundesrat*. À cause du pouvoir politique du *Bundesrat*, les gouvernements des *Länder* ont un certain pouvoir politique au sein de leurs partis dont les leaders fédéraux doivent tenir compte. Il existe ainsi un équilibre très particulier entre éléments centripètes et centrifuges dans le rôle que joue le *Bundesrat* dans le système fédéral allemand. Ce rôle oriente d'un côté la politique des *Länder* vers la politique fédérale, mais il donne en même temps aux gouvernements des *Länder* un rôle important dans l'ensemble politique allemand. Ceci se voit clairement lors des campagnes électorales. Les campagnes électorales dans les *Länder* sont menées comme des campagnes fédérales. Les problèmes politiques fédéraux y jouent un très grand rôle. Une élection dans un *Land* est un événement national. Ceci contribue par ailleurs à l'animation et à l'activation de la vie politique en Allemagne.

5.3. Le *Bundesrat* en tant qu'élément du fédéralisme coopératif

Il résulte de ce qui précède que le processus politique en Allemagne est caractérisé par une interpénétration des niveaux fédéraux et des *Länder*. Le *Bundesrat* est l'organe central de cette interpénétration, mais non le seul. Il y a un certain nombre d'organes collectifs et de conférences entre les *Länder* et le Gouvernement fédéral qui produisent une influence réciproque des décisions politiques prises par les deux paliers de gouvernement, de telle façon qu'il est devenu très difficile de discerner les processus de décision des deux niveaux. Il est devenu presque impossible pour un palier de gouvernement de prendre ses décisions seul, sans une concertation avec l'autre. La législation fédérale crée des données décisives pour la politique des *Länder* dans presque tous les domaines, mais d'autre part, cette législation est le résultat d'un processus de consultation entre le Gouvernement fédéral et les gouvernements des *Länder*. Ceci vaut également pour la politique budgétaire, pour laquelle des organes de consultation particuliers sont prévus. Comme nous l'avons dit, le *Bundesrat* n'est pas le seul organe de ce système coopératif, de ce processus d'interpénétration entre le fédéral et les *Länder*. Mais il en est probablement dans une grande mesure la cause. Le fait que la constitution même donne aux *Länder* un si grand pouvoir de participation,

au moins le pouvoir d'empêcher une mesure fédérale particulière, a inévitablement entraîné des consultations préalables à toute initiative formelle du Gouvernement fédéral. Même si, donc, la concertation ne se fait pas toujours au sein du *Bundesrat*, le *Bundesrat* en est la raison d'être. Il est vrai que formellement, par exemple, la répartition de l'impôt sur le chiffre d'affaires est réglée dans une loi fédérale avec l'approbation du *Bundesrat*. Mais il va de soi que cette question est réglée par une conférence des premiers ministres avant même que cette loi ne soit soumise à la délibération du Parlement.

Ce système de coopération et d'interpénétration des deux paliers de gouvernement est essentiellement exécutif. Il s'agit d'une coopération des gouvernements et des bureaucraties. Les parlements sont assez souvent confrontés avec les résultats de cette coopération qui sont difficiles à modifier. Ainsi, ce système de fédéralisme coopératif constitue un certain danger pour l'élément démocratique de la constitution qui est en fin de compte le parlement élu par le peuple.

6. Le *Bundesrat* — institution constitutionnelle « exportable » ?

L'institution du *Bundesrat* a attiré l'attention de plusieurs politiciens canadiens dans le contexte de la réforme constitutionnelle. Il faut donc se poser la question de savoir s'il s'agit d'une institution qui ne répond qu'à certaines conditions historiques très spécifiques de l'Allemagne ou si cette institution possède des traits qui se prêtent à une adoption dans d'autres systèmes constitutionnels. Il n'existe aucune réponse générale à cette question. Il est vrai que les États industrialisés modernes possèdent un certain nombre de problèmes communs. Les démocraties occidentales doivent faire face à des défis semblables et rencontrent des problèmes sociaux, politiques et institutionnels qui sont dans une certaine mesure parallèles. Mais, d'autre part, chacun garde sa spécificité historique.

Il ne nous appartient certainement pas de recommander une solution quelconque à la politique de réforme constitutionnelle au Canada. Qu'il nous soit néanmoins permis d'attirer l'attention sur certaines ressemblances des systèmes fédéraux canadien et allemand qui pourraient favoriser l'adoption d'une solution comme le *Bundesrat*, mais de mettre également en évidence certaines différences qui s'y opposeraient. Les traits communs sont l'existence d'un régime parlementaire aux niveaux fédéral et provincial et le nombre relativement restreint des États-membres, c'est-à-dire la possibilité de créer des organes de consultation viables entre le fédéral et les États-membres. Ces deux éléments communs distinguent le fédéralisme canadien et allemand du fédéralisme des États-Unis. Il va sans dire qu'un organe comme le *Bundesrat* fonctionnerait de façon différente si, au lieu de 10, 50

gouvernements en faisaient partie et si ces gouvernements n'étaient pas les dirigeants des majorités parlementaires dans les *Länder*.

Un élément de distinction est, d'autre part, le fait que le système fédéral allemand est caractérisé par un très grand degré d'homogénéité des États-membres au point de vue de la structure politique, économique et sociale. On peut se demander si cette homogénéité relative est une condition du fonctionnement du *Bundesrat* tel que nous l'avons décrit. La recherche du consensus, rendue nécessaire par les pouvoirs du *Bundesrat* d'empêcher des mesures fédérales, est-elle possible, a-t-elle des chances suffisantes de succès dans un système moins homogène? Est-ce que, dans un système plus conflictuel, des pouvoirs semblables risqueraient de mener tout simplement à un blocage du processus législatif?

Un autre élément distinctif est la centralisation législative en Allemagne. On a dit que le modèle du *Bundesrat* ne serait pas approprié pour le Canada parce qu'il ajouterait encore du poids au côté provincial de la balance politique, bien que ce poids soit déjà beaucoup plus grand qu'en Allemagne vu la décentralisation législative qui subsiste au Canada. Nous avons démontré qu'il existe en effet un rapport entre la centralisation législative et la participation des *Länder* au processus de décision au niveau fédéral. Cependant, le problème n'a peut-être pas la simplicité d'une équation : « plus de centralisation = plus de participation » ; « moins de centralisation = moins de participation ». On a démontré qu'il y a dans l'institution du *Bundesrat* un certain équilibre de tendances centripètes et centrifuges. Nous reviendrons à ce problème.

Ayant montré quelques éléments de ressemblance et de différence des systèmes, nous pouvons attaquer la question centrale de toute adoption de modèles étrangers dans un autre ordre constitutionnel : c'est l'interdépendance des divers éléments. Une certaine institution constitutionnelle ne peut pas être considérée isolément, elle doit être regardée dans le cadre du système politique tout entier. En d'autres termes, même si l'on voulait créer au Canada un organe qui fonctionnerait comme le *Bundesrat*, une copie des dispositions pertinentes de la Loi fondamentale n'aurait pas nécessairement cet effet. Car le fonctionnement du *Bundesrat* est conditionné par un certain nombre d'éléments extrinsèques, relevant du domaine institutionnel (notamment le système électoral au niveau des *Länder*) ou relevant du cadre politique général (homogénéité politique, uniformité en tant que valeur acceptée, caractère peu conflictuel du système).

D'autre part, le *Bundesrat* influence à son tour le fonctionnement d'autres institutions. La procédure législative entière (préparation des projets de lois au sein des ministères fédéraux, style des délibérations du *Bundestag*) est marquée et structurée par le fait que ces lois doivent à un moment donné

passer par le *Bundesrat*. D'où, par exemple, la recherche fréquente de compromis ou d'acceptation d'une solution dans les stades initiaux de la procédure. Le *Bundesrat* n'est donc pas seulement conditionné par le climat peu conflictuel de la politique, il en est en partie la cause. Est-ce que l'on doit alors abandonner devant la complexité du problème ? Je ne le crois pas. Ce qui importe, c'est de se référer à certains problèmes essentiels, fondamentaux, où le système du *Bundesrat* peut tout de même donner des renseignements utiles pour des réformes possibles au Canada. Prenons comme point de départ le postulat qu'une meilleure représentation des intérêts régionaux au niveau fédéral soit nécessaire au Canada ²¹. Ceci paraît être peu controversé. Les controverses se réfèrent plutôt au mode d'une représentation provinciale. On peut orienter, selon le mode de scrutin ou de nomination, la représentation régionale dans des sens très divers. Mais que signifie « représentation régionale » ? Comment définir l'intérêt régional concret que l'on veut faire valoir au niveau fédéral ? Dans beaucoup de cas, il n'existera certainement pas d'accord sur le « vrai » intérêt régional. Une façon possible et même plausible de vérifier ce qui constitue l'intérêt régional serait de se référer au groupe qui a obtenu des électeurs provinciaux le mandat de diriger la politique provinciale : le gouvernement provincial. Cependant, nous constatons de fortes tendances au Canada de ne pas donner ce rôle aux gouvernements provinciaux ²². Apparemment, ces tendances sont inspirées par la crainte que les gouvernements provinciaux dans leur participation aux décisions fédérales ne négligent l'intérêt fédéral au profit des intérêts provinciaux particuliers. Nous ne pouvons évidemment pas nous prononcer sur le bien-fondé de ces craintes. Mais nous pouvons souligner un danger : si la formulation des intérêts provinciaux proposée au sein du Sénat, une politique provinciale « fédérale », diffère de façon constante des intérêts provinciaux préconisés par le gouvernement provincial, la politique provinciale « provinciale », on est dans la confusion, les politiciens risquent d'être peu crédibles. Une certaine concordance entre la politique provinciale « fédérale » et la politique provinciale « provinciale » nous paraît donc un but approprié de la réforme du Sénat. Le système du *Bundesrat* est un système qui assure cette concordance entre politiques provinciales et input provincial au niveau fédéral de façon automatique. Mais il n'est pas le seul système imaginable pour effectuer cette concordance. Dans le système d'un Sénat élu, cette concordance est aussi possible — cela dépend du mode du scrutin. Cependant, un tel système qui assurerait une concordance entre la politique provinciale et la politique fédérale des sénateurs provinciaux n'est pas facile à concevoir.

21. Comité mixte sur la réforme du Sénat, Rapport, p. 1.

22. La réforme du Sénat, Document de travail soumis par le ministre de la Justice, p. 16 s.

Nous avons aussi essayé de démontrer que le *Bundesrat* est un élément fondamental du caractère peu conflictuel du système politique allemand puisque son existence rend nécessaire la recherche de compromis, de consensus. Cela pourrait être une fonction importante dans le système canadien, qui est plus conflictuel. Un Sénat élu, pourvu qu'il possède les compétences nécessaires et qu'il ne constitue pas un miroir de la structure de la Chambre basse, pourrait avoir le même effet. Encore une fois, cela dépend du mode de scrutin. La nécessité du consensus n'existe cependant que dans la mesure où une partie est incapable de procéder de façon unilatérale. Cet unilatéralisme est impossible pour les *Länder* vu la centralisation des pouvoirs législatifs. Au Canada, ces possibilités d'action unilatérale des provinces sont beaucoup plus grandes. Une deuxième chambre réformée et revalorisée risquerait donc de rendre la législation fédérale plus difficile sans exclure un unilatéralisme provincial. Il y a donc là un certain danger de déséquilibre. Cependant, nous avons également essayé de démontrer que la politique du *Bundesrat* oriente, dans une certaine mesure, la politique des *Länder* vers le fédéral, qu'elle constitue un élément centripète. Ceci pourrait être un élément intéressant pour le Canada. Pour que cet élément se réalise, l'identité des acteurs au niveau de l'État-membre (membres du gouvernement) et au niveau fédéral (membres de la deuxième chambre) paraît assez essentiel. Le fait que, par exemple, le ministre responsable de l'Énergie soit en même temps impliqué dans la législation fédérale en la matière constitue certainement un élément de discipline pour la politique provinciale. Le fait que le gouvernement du *Land*, et non pas des sénateurs élus, possède une influence sur la politique fédérale, oriente les élections des *Länder* vers les problèmes politiques fédéraux. Il me paraît très difficile de concevoir un mode de scrutin pour un Sénat élu qui produirait les mêmes effets.

Il faut cependant admettre que si l'on adoptait le système du *Bundesrat* au Canada, cette orientation de la politique provinciale vers le fédéral n'en serait pas la seule conséquence possible. On ne peut nullement exclure la possibilité que le système fonctionnerait de façon différente puisque certaines données de base sont différentes. On peut se demander si le système allemand ne présuppose pas une homogénéité qui n'existe pas au Canada. Nous avons essayé de démontrer que le système allemand est un système favorisant le consensus et la coopération (et en tant que tel il correspondrait aux buts recherchés par une réforme constitutionnelle au Canada) que le dédoublement fonctionnel des gouvernements des *Länder* (représentants de l'intérêt provincial et acteurs politiques fédéraux) n'a pas mené à des conflits d'intérêts inacceptables. Mais il ne nous appartient pas de prédire que les effets seraient les mêmes dans le contexte politique canadien.

Quelques réflexions additionnelles sont encore nécessaires. Le système canadien possède une particularité qui exige des consensus et de la coopéra-

tion et qui n'existe pas dans le système allemand : c'est le phénomène des compétences divisées dans des domaines qui requièrent, en principe, des solutions uniques ou uniformes, par exemple dans le domaine de la protection de l'environnement. Il est donc vrai que le système canadien est beaucoup moins centralisé que le système allemand, mais aussi le système canadien, dans un certain nombre de problèmes, ne permet pas un unilatéralisme provincial parce que le caractère du problème est tel qu'une province ne peut pas le régler de façon complète (exemple : pollution des cours d'eau interprovinciaux). Des mécanismes de concertation fédérale-provinciale ont été créés pour faire face à ce problème. Comme il ne s'agit pas seulement d'un problème de législation fédérale, mais aussi d'une question de législation provinciale, une deuxième chambre n'aurait pas de rôle direct dans sa solution. Il y a là une fonction des mécanismes fédéraux-provinciaux qui restera indispensable. Le fait que, dans une chambre composée comme le *Bundesrat*, les gouvernements provinciaux seraient responsables de la législation fédérale faciliterait peut-être la concertation nécessaire. Tout au moins, il faudra songer à l'harmonisation entre l'influence que des intérêts provinciaux posséderaient au sein d'une chambre haute et les résultats d'une concertation fédérale-provinciale effectuée au sein d'une conférence des gouvernements. Si cela ne se faisait pas, les avantages que le système parlementaire possède pour la concertation fédérale-provinciale risqueraient d'être effacés.